

## Stellungnahme

### zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters

---

#### I. Grundsätzliches

Im Interesse einer Rechtsvereinheitlichung und seiner rechtstreu handelnden Unternehmen, die ohne Wettbewerbsverzerrung um öffentliche Aufträge mitbieten wollen, befürwortet der BDI grundsätzlich die Einrichtung eines bundesweiten Wettbewerbsregisters. Die Einrichtung eines teuren bundesweiten Registers mit 29 Personalstellen und weiteren Kosten für die Datenbankeinrichtung und den Datenbankbetrieb sowie der damit verbundene Bürokratieaufbau sind jedoch nur unter der Voraussetzung vertretbar, dass mittels einer abschließenden Bundesregelung sichergestellt ist, dass das Registergesetz für Auftragsvergaben von Bund, Ländern und Kommunen im Ober- und Unterschwellenbereich gilt und im Gegenzug sämtliche Landesregelungen entfallen.

Ein Wettbewerbsregister auf Bundesebene ist aber generell nur die zweitbeste Alternative. Vorzugswürdig sind demgegenüber vor allem die folgenden präventiven Maßnahmen, die es zu ergreifen gilt:

- Rückführung der im Unterschwellenbereich durch die Länder festgelegten Schwellenwerte für freihändige Vergaben und beschränkte Ausschreibungen auf ein angemessenes Maß und bundesweite Vereinheitlichung,
- Ausdehnung von Transparenzpflichten im Ober- und Unterschwellenbereich
- und vor allem die Angleichung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Ober- und Unterschwellenbereich.

Für ein bundesweites Wettbewerbsregister ist angesichts der weitreichenden Folgen bei einer Eintragung für ein Unternehmen eine rechtssichere und restriktive Ausgestaltung wichtig. Der Regierungsentwurf WRegG geht aus Sicht der Industrie hier grundsätzlich in die richtige Richtung. Keinesfalls jedoch dürfen die Eintragungsvoraussetzungen mit Blick auf die Ausschlussgründe, die Rechtskraft gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen und die Zurechnung verschärft werden. Denn mit der Eintragung droht der Ausschluss als Bieter um öffentliche Aufträge, der ein Unternehmen hart trifft. Mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des vorliegenden Entwurfs besteht aus unserer Sicht hier an einigen Stellen Nachbesserungsbedarf.

Dokumenten Nr.  
D 0871

Datum  
17. Mai 2017

Seite  
1 von 7

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

Telekontakte  
T: +493020281512  
F: +493020282512

Internet  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

E-Mail  
[A.Mundt@bdi.eu](mailto:A.Mundt@bdi.eu)

## II. Im Einzelnen

### Zu Artikel 1, § 1 (Einrichtung eines Wettbewerbsregisters)

Der BDI befürwortet die Einrichtung eines eigenständigen Registers beim Bundeskartellamt, vgl. § 1 Abs. 1.

§ 1 Abs. 2 ist missverständlich formuliert, da er sich auf alle Auftraggeber gemäß § 98 GWB bezieht, das WRegG aber in § 6 die Abfragepflicht nur für bestimmte Auftraggeber statuiert. Wir schlagen daher vor, „...im Sinne von § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen...“ durch „...nach Maßgabe des § 6...“ zu ersetzen.

### Zu Artikel 1, § 2 (Eintragungsvoraussetzungen)

Der BDI begrüßt, dass die Aufzählung der Straftaten und Verstöße abschließend geregelt ist. Dies ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit zwingend erforderlich.

Eingetragen werden dürfen nur Verstöße i. S. d. § 123 GWB (zwingende Ausschlussgründe), für die weder Ausnahmen i. S. d. § 123 Abs. 4 GWB bzw. des § 123 Abs. 5 GWB noch eine erfolgreiche Selbstreinigung i. S. d. § 125 GWB vorliegen, wegen denen eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung oder ein Strafbefehl oder eine bestandskräftige Bußgeldentscheidung ergangen sind und die einem Unternehmen i. S. v. § 123 Abs. 3 GWB zuzurechnen sind.

Die Eintragung fakultativer Ausschlussgründe sollte wegen der nicht vergleichbaren Schwere des Tatvorwurfes grundsätzlich unterbleiben. Soll aber der geregelte Fall der wettbewerbswidrigen Absprache beibehalten werden, so ist § 2 Abs. 2 dahin zu ergänzen, dass auch hier nur „bestandskräftige“ Bußgeldentscheidungen eingetragen werden.

Die Wertgrenze von 50.000 Euro in § 2 Abs. 2 ist gerechtfertigt. Die noch im Referentenentwurf vorgesehene Wertgrenze von 2.500 Euro hätte bereits geringfügige Verstöße von Privatpersonen erfasst, aufgrund derer die Eintragung und der Ausschluss eines Unternehmens nicht verhältnismäßig wären. Dies gilt erst recht, wenn es dabei bleiben sollte, dass die Bestandskraft der Bußgeldbescheide nicht Voraussetzung für die Eintragung wird.

Keinesfalls aber dürfen die Eintragungsvoraussetzungen mit Blick auf die Ausschlussgründe, die Rechtskraft gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen und die Zurechnung verschärft werden, da eine Eintragung in das Wettbewerbsregister für ein betroffenes Unternehmen mit weitreichenden Folgen verbunden ist.

Die gegenüber dem Referentenentwurf geänderte Zurechnung in § 2 Abs. 3, der sich nunmehr an § 123 Abs. 3 GWB orientiert, wird grundsätzlich begrüßt. Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen danach dann zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat, u. a. zur Überwachung der Geschäftsführung oder sonstigen Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung. Laut Gesetzesbegründung darf der Inhalt des Registers richtigerweise nicht weiter gehen, als es für die Vorbereitung vergaberechtlicher Entscheidungen notwendig ist. Allerdings fehlt nun der im Referen-

tenentwurf enthaltene wichtige Zusatz, dass die Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr erfolgen muss.

Sollte der Gesetzgeber das Sanktionsrecht für Unternehmen (derzeit §§ 30, 130 OWiG) ändern oder gar ein Unternehmensstrafrecht einführen, ist zudem zu beachten, dass die dort vorgesehenen Sanktionen mit den Regelungen des Registers abgestimmt werden müssen. Eine Doppelbestrafung bzw. -sanktionierung ist zu vermeiden.

#### Zu Artikel 1, § 3 (Inhalt der Eintragung in das Wettbewerbsregister)

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 5 kann der Auftraggeber auf eine erneute Abfrage an die Registerbehörde binnen zwei Monaten verzichten. Wird die Eintragung jedoch innerhalb dieser Zeit gelöscht, erfährt der Auftraggeber dies nicht. In § 3 Abs. 1 sollte daher das Datum aufgenommen werden, an dem die Eintragung spätestens endet.

#### Zu Artikel 1, § 4 (Mitteilungen)

Die Mitteilungsberechtigung ausschließlich für Strafverfolgungsbehörden und zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden darf nicht ausgeweitet werden. Dies gilt insbesondere für nicht-öffentliche Stellen.

Der BDI begrüßt die Aufnahme des Passus in § 4 Abs. 2, nach dem bei offensichtlich fehlerhaften Daten erst gar nicht eingetragen werden darf. Allerdings fehlt weiterhin eine Frist, innerhalb derer die Behörde offensichtlich fehlerhafte Eintragungen von Amts wegen berichtigen oder löschen muss. Der BDI schlägt hier „unverzüglich“ vor. Darüber hinaus sind ein Rechtsanspruch eines Unternehmens bei Untätigkeit der Behörde sowie ein Rechtsanspruch eines Unternehmens auf Schadensersatz wegen zu Unrecht aufgenommener Eintragungen zu regeln.

Richtig ist, dass die Meldepflicht für eintragungsrelevante Daten auch für Umstände gilt, die einer weiteren Speicherung der übermittelten Daten im Register entgegenstehen.

#### Zu Artikel 1, § 5 (Gelegenheit zur Stellungnahme vor Eintragung in das Register, Auskunftsanspruch)

§ 5 Abs. 1 regelt die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Betroffenen vor einer Registereintragung. Der BDI begrüßt die Ergänzung im Regierungsentwurf dahingehend, dass die Information der registerführenden Behörde an ein Unternehmen über die geplante Eintragung *in Textform* zu erfolgen hat und dass der Beginn für die Stellungnahmefrist geregelt wurde. Allerdings halten wir aufgrund der Tragweite der Eintragung eine Stellungnahmefrist von zwei Wochen weiterhin für zu kurz und eine Verlängerung auf vier Wochen für erforderlich. Eine bloße Verlängerungsoption der Registerbehörde genügt nicht.

Erfreulich ist der Entfall des Sperrvermerks, dessen Wirkung unklar war.

Allerdings enthält § 5 Abs. 1 Satz 2 nunmehr die Nachweispflicht des Unternehmens für fehlerhafte Daten/Informationen, während der Referentenentwurf eine lediglich schlüssige Darstellung gefordert hatte. Für das betroffene Unternehmen ist es sehr schwer, negative Tatsachen, also das Nichtvorliegen von Eintragungsgründen, nachzuweisen. Daher sollte im Gesetz die Beweislast für die Richtigkeit der Eintragung klargestellt werden. Diese trägt nach den allgemeinen Regeln für belastende Entscheidungen die Behörde. Zumindest aber sollte hier kein Nachweis erforderlich sein, sondern eine schlüssige Darlegung genügen.

#### Zu Artikel 1, § 6 (Abfragepflicht für öffentliche Auftraggeber, Entscheidung über einen Ausschluss vom Vergabeverfahren)

§ 6 Abs. 1 sieht eine Abfragepflicht des öffentlichen Auftraggebers vor dem Zuschlag vor. Der BDI hatte angeregt, diese Regelung auf zweistufige Verfahren anzupassen. Geregelt ist zwar nunmehr in § 6 Abs. 2 Nr. 2 auch die Abfrage bei Teilnahmeanträgen, allerdings nur als Abfrageoption. Da der Auftraggeber die Entscheidung, ob er ein einstufiges oder zweistufiges Vergabeverfahren anwenden will, selbst trifft, entscheidet er damit auch darüber, ob er zur Abfrage verpflichtet oder nur berechtigt sein will. Die Zweckerreichung des Wettbewerbsregisters darf jedoch nicht davon abhängen, welches Vergabeverfahren der Auftraggeber wählt. Daher ist auch bei zweistufigen Verfahren eine Abfragepflicht vorzusehen. Dies gilt umso mehr, als zweistufige Verfahren sehr häufig angewandt werden.

Eine Abfragepflicht ab 30.000 Euro Auftragswert erfasst möglicherweise nur eine geringe Anzahl von Aufträgen. Hier stellt sich die Frage, ob die Einrichtung eines neuen Registers mit Blick auf den Bürokratieaufbau und den Anspruch, dass die Länderregister entfallen sollen, dann sinnvoll ist.

#### Zu Artikel 1, § 7 (Löschung der Eintragung aus dem Wettbewerbsregister nach Fristablauf, Rechtswirkung der Löschung)

In § 7 Abs. 1 wurde in Anpassung an § 126 GWB richtigerweise ergänzt, dass Eintragungen „spätestens“ nach 5 bzw. 3 Jahren gelöscht werden müssen, denn es gibt die Fälle der vorzeitigen Löschungen bei offensichtlich fehlerhafter Eintragung bzw. bei Selbstreinigung.

§ 7 Abs. 2 Satz 1 regelt das Verwertungsverbot einer Eintragung nach Löschung wegen Zeitablaufs und wegen Selbstreinigung. Hier muss der Fall des § 4 Abs. 2 Satz 2 ergänzt werden, der die vorzeitige Löschung bei offensichtlich fehlerhafter Eintragung regelt.

Begrüßt wird die ausdrückliche Klarstellung in § 7 Absatz 2 Satz 2, dass die Ablehnung eines Antrags auf vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung durch die Registerbehörde den Auftraggeber nicht bindet.

Weiterhin ist in § 7 ein Rechtsanspruch eines Unternehmens auf Schadensersatz wegen zu Unrecht unterbliebener Löschung zu regeln.

Zu Artikel 1, § 8 (Vorzeitige Löschung der Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung; Gebühren und Auslagen)

Der in § 8 Abs. 1 geregelte Anspruch auf vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung genügt nicht. Hier ist der Fall des Anspruches auf vorzeitige Löschung bei irrtümlicher/falscher Eintragung zu ergänzen.

Angeregt wird ggfs. ein *eigenständiger* Paragraf zur Löschung, in dem sowohl die Löschung nach Fristablauf als auch die vorzeitige Löschung geregelt wird. Sinnvoll wäre zumindest, die Fälle der vorzeitigen Löschung wegen Selbstreinigung und bei irrtümlicher/falscher Eintragung in einem Paragraphen zu regeln.

Weiterhin ist in § 8 ein Rechtsanspruch eines Unternehmens auf Schadensersatz wegen zu Unrecht unterbliebener Löschung zu regeln.

Während in § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Referentenentwurfs als Voraussetzung für die vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung noch ausdrücklich die aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden genannt wurde, wird in § 8 Abs. 1 Satz 3 2. HS des Regierungsentwurfes nur auf § 125 GWB Bezug genommen. Dies ist problematisch, weil § 125 GWB die aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden *und dem Auftraggeber* fordert und die Vergabekammer Südbayern die Formulierung des § 125 GWB wegen Bedenken gegen die Europarechtskonformität dem EuGH vorgelegt hat (vgl. Beschluss vom 07.03.2017 – Z 3-3-3194-1-45-11/16). Dabei ging es u.a. um die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB zusätzlich die aktive Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber für eine erfolgreiche Selbstreinigung als Voraussetzung regeln durfte, obwohl dies in den zugrunde liegenden Richtlinien nicht vorgesehen ist. Der BDI hatte bereits in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts auf das Problem hingewiesen und empfiehlt, im Wettbewerbsregistergesetz eine rechtssichere Formulierung zu verwenden.

Bei der Löschung der Eintragung aufgrund einer durchgeführten Selbstreinigung besteht mit Blick auf § 8 Abs. 2 Satz 2 die Gefahr, dass die grundsätzlich in Satz 1 vorgesehene Amtsermittlungspflicht eingeschränkt bzw. aufgehoben wird. Die Behörde muss wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes immer auch selbst ermitteln und v.a. die ihr bekannten Tatsachen oder die, die sie von anderen Behörden im Wege der Amtshilfe erhalten kann, berücksichtigen. Die Behörde hat im Wege der Amtshilfe einfachere und schnellere Auskunftsmöglichkeiten gegenüber Ermittlungsbehörden, Gerichten etc., als ein Unternehmen.

Hinsichtlich der Nachweise über die Selbstreinigung, die die Behörde vom Unternehmen gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 verlangen kann, sollte keine konkrete Festlegung der Maßnahme durch die Behörde erfolgen dürfen. Insbesondere sollte keine Festlegung, wie und durch wen ein Gutachten oder sonstige Unterlagen zu erstellen sind, getroffen oder eine Maßnahme nach einer bestimmten Zertifizierung nach ISO o.ä. verlangt werden. Dies entspräche auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Wahl des konkreten Mittels muss daher immer dem Unternehmen obliegen, das bei der Selbstreinigung in der Regel bereits zahlreiche konkrete Maßnahmen vorgenommen hat.

In § 8 Abs. 4 sollte eine Frist eingefügt werden, innerhalb derer die Registerbehörde die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens bewerten muss. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Bewertung ohne schuldhaftes Zutun des Unternehmens von Seiten der Behörde verzögert wird.

Die in § 8 Abs. 6 vorgesehene Gebühr für einen Antrag auf vorzeitige Löschung wegen erfolgreicher Selbstreinigung wird abgelehnt, da sie konträr zur Regelung in § 125 GWB ist, der keine Gebühr für die gleiche Prüfung beim Auftraggeber vorsieht.

#### Zu Artikel 1, § 10 (Verordnungsermächtigung)

§ 10 Nr. 6 WRegG enthält nunmehr eine relativ unbestimmte Verordnungsermächtigung für die Anforderungen an vom Unternehmen vorzulegende Gutachten etc. Hinsichtlich der Nachweise über die Selbstreinigung, die die Behörde vom Unternehmen gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 verlangen kann, sollte die Registerbehörde jedoch keine konkreten Maßnahmen festlegen dürfen. Insbesondere sollte keine Festlegung, wie und durch wen ein Gutachten oder sonstige Unterlagen zu erstellen sind, getroffen oder eine Maßnahme nach einer bestimmten Zertifizierung nach ISO o.ä. verlangt werden können. Dies entspräche auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Wahl des konkreten Mittels muss immer dem Unternehmen obliegen, das bei der Selbstreinigung in der Regel bereits zahlreiche konkrete Maßnahmen vorgenommen hat.

Es sollte klargestellt werden, dass in einer entsprechenden Verordnung zwar konkrete Anforderungen gestellt werden können, aber keine Festlegung, wie und durch wen diese Anforderungen erfüllt werden. Es darf kein Monopol bzgl. der Zertifizierungsorganisation(en), der Zertifizierungsgrundlagen und auch der anerkannten Zertifikate entstehen. Keinesfalls darf eine konkrete Zertifizierung eines bestimmten Anbieters verlangt werden (weshalb auch der Zusatz „...insbesondere auch an die Zulassung von Systemen unabhängiger Stellen...“ gestrichen werden sollte). Wenn Zertifizierungsstellen zugelassen werden, muss deren Zertifizierung rechtsstaatlichen Maßstäben genügen und wiederum überprüfbar sein. Insbesondere ist eine strikte Neutralität der Stelle unabdingbar.

Zertifizierungsmaßstäbe müssen branchen- und unternehmensspezifische Besonderheiten (Größe, Risikoprofil etc.) beachten. Auch wenn bestimmte Elemente in einem effektiven Compliance-System immer vorhanden sein sollten, gibt es nicht den einen einheitlichen Standard für eine effektive Selbstreinigung, d.h. für effektive Compliance-Systeme. Diese müssen immer nach den Umständen adäquat sein.

Ziel einer Zertifizierung muss die Feststellung sein, ob ein Compliance-System geeignet ist, künftiges systematisches Fehlverhalten zu vermeiden, da einzelne Verstöße stets vorkommen können und deren Aufdeckung gerade Zeichen eines effektiven Compliance-Systems ist.

Vermieden werden muss schließlich, insbesondere im Interesse von KMU, dass Zertifizierungen zu einem unverhältnismäßigen Dokumentationsaufwand führen. Sie dürfen darüber hinaus keine reine Dokumentenprüfung sein.

Zu Artikel 1, § 11 (Rechtsschutz)

Der BDI begrüßt die Eröffnung des Rechtsweges zum Vergabesenat des OLG Düsseldorf als sachdienlich, da hier Erfahrungen aus Nachprüfungsverfahren nutzbar und größere Fach- und Sachkenntnisse vorhanden sind. Für einen umfassenden Rechtsschutz sind darüber hinaus die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels und eine weitere Instanz erforderlich.